
O indígena e a legislação brasileira

Eliara Bianospino Ferreira do Vale*

RESUMO

Os aspectos históricos e jurídicos a respeito da comunidade indígena, a evolução das normas e eventuais propostas de alteração legislativa serão investigados neste texto. A exclusão social, econômica e cultural deve ser objeto de reflexões para que, com fulcro na ordem constitucional, propugne-se uma nova postura do Estado e da própria sociedade civil, que não podem se manter neutros e permitir a subjugação de grupos sociais desprovidos de voz ou representação política, mas devem atuar no sentido de acabar ou ao menos diminuir as desigualdades, nas suas mais diversas faces, entre os cidadãos do Brasil.

Palavras-Chave: Índio. Comunidade indígena. Interação social. Igualdade.

1. INTRODUÇÃO

Os índios brasileiros têm direito ao voto, podem se filiar a Partidos Políticos e disputar eleições, mas não têm representação própria no

*Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Pós-graduação e Extensão e pós-graduanda em Direito Penal pela Universidade Paulista. Docente no campus Bauru da Universidade Paulista e advogada.

Congresso Nacional e nem em Assembleias Legislativas. Tímidas atuações em Municípios do norte e do nordeste do País não correspondem à magnitude do universo indígena e não alcança todos os nacionais. Sua força não encontra eco nos altos escalões do setor público ou privado, o que faz com que a questão indígena seja sempre influenciada por interesses econômicos e imperialistas e, sobretudo, que a vontade e os direitos das comunidades indígenas não participem das decisões políticas, econômicas ou sociais do País, originalmente pertencente a eles.

A questão indígena é uma disputa de interesses econômicos de um lado e de interesses de reparação histórica e moral de outro. A integração de qualquer segmento social e o despertar do sentimento da nacionalidade brasileira são argumentos atemporais que fundamentam o tema.

A ausência de interesse jurídico e político estagna a mobilidade social dos indígenas, que se veem descartados dos principais centros de decisão política e econômica, salvo raras exceções. É preciso diminuir as desvantagens no processo competitivo através da atuação do Estado e de atores sociais em processos de educação, onde todos, independentemente de sua etnia, possam concorrer de forma justa.

A evolução legislativa não tem acompanhado o desenvolvimento e demandas das comunidades indígenas.

2. COMUNIDADES INDÍGENAS E ÍNDIOS

O presente estudo não poderia ter início sem uma definição legal de índio e de comunidade indígena, mas antes de tudo é de bom alvitre lembrar quão numerosa era esta quando da colonização do Brasil.

Roberto Lemos dos Santos Filho aponta a inexatidão dos números:

Ao chegarem ao Brasil os portugueses encontraram território habitado por índios, não há exatidão quanto ao número de ocupantes. Luiz Muricy Cardoso afirma por estimativa que naquela época os índios tinham uma população entre um e dez milhões de habitantes. Na Exposição de Motivos n.16 enviada pelo Presidente da República Costa e Silva ao Congresso, encaminhado anteprojeto para criação da Funai, consta que na época do descobrimento havia 1.1000.000 índios. (SANTOS FILHO, 2006, p. 20/21)

É de todo conveniente mencionar trecho da obra de Mércio Pereira Gomes que demonstra indignação diante da queda da demografia indígena ao longo dos anos.

Seria impiedoso até valorizar demasiado o termo sobrevivência para um quadro histórico onde 95% de uma totalidade populacional desapareceram num período de menos de 500 anos. Talvez o termo mais apropriado fosse remanescência. Hoje são cerca de 230.000 índios no Brasil, quando eram cinco milhões em 1500. (...) A humanidade perdeu com isso não só pelos valores e conhecimentos que deixaram, definitivamente, de fazer parte de seu acervo, como pela diminuição da diversidade biológica que possibilita maiores chances de sobrevivência ao Homo Sapiens. (GOMES, 1988, p. 16)

Isso se deve a vários fatores, mas principalmente pelo contato com os não-índios que resultou na contaminação de comunidades indígenas pela malária, sarampo, doenças venéreas, tuberculose, gripe e outras enfermidades desconhecidas até então pela civilização pré-colombiana. A ideia de assimilação do indígena e a propagação equivocada de sua incapacidade legitimou a exploração do trabalho do índio, a espoliação de seus recursos naturais, o esbulho de suas terras e a tentativa de destruição de sua cultura, sob o pretexto da integração e do progresso nacional.

2.1 DEFINIÇÃO LEGAL DE ÍNDIO, DE COMUNIDADE E ORGANIZAÇÃO INDÍGENA

Assim está disposto o conceito de índio na Lei nº 6001/1973, o Estatuto do Índio:

Artigo 3º – Para efeitos da lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:
I – ÍNDIO OU SILVÍCOLA – é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificada como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.

Segundo a norma são requisitos para um indivíduo ser considerado índio a origem e ascendência pré-colombiana, a qual não comporta termos absolutos, pois admite a mestiçagem natural. O indivíduo para ser considerado índio deverá ter origem genealógica, total ou parcial, diversa dos colonizadores europeus. Esse requisito está associado à ideia de continuidade histórica, que necessariamente importa em vínculo genealógico, posto que a origem e ascendência pré-colombiana são presumíveis, porque geralmente não podem ser provadas.

Além da ascendência específica exige-se o sujeito, isto é, para ser considerado índio deve identificar-se e ser identificado pelo grupo como tal. Providencial, nesse passo, a lição de José Afonso da Silva:

Enfim, o sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio quem se sente índio. Essa auto-identificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica,

fundada na continuidade histórica do passado pré-colombiano que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para a identificação do índio brasileiro. (...) Ora, a Constituição assume essa concepção, p. ex., no art. 231, § 1º, ao ter as terras ocupadas pelos índios como ‘necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições’. A identidade étnica perdura nessa reprodução cultural, que não é estática; não se pode ter cultura estática. (SILVA, 1998, p.828)

Deve-se ainda saber a que tipo de grupo o indivíduo pertence. O requisito grupal deve ser entendido como aquele que o distingue da sociedade nacional por características culturais próprias que, apesar de não especificadas, se entendem como as de origem e ascendência pré-colombiana, resultado do processo natural de continuidade histórico-social.

De acordo com este dispositivo legal, preenchidos os requisitos acima citados, o indivíduo é legalmente índio, independente de eventual mestiçagem ou emancipação. Nesse último caso, cessará a relativa incapacidade, atribuída pela norma civil.¹ Cumpre ressaltar que o que cessa com a emancipação é a relativa incapacidade e, conseqüentemente, o regime tutelar, não a condição de índio.²

Celso Ribeiro Bastos assim define o indígena:

Os índios, também denominados silvícolas, são os habitantes originários do Continente Americano. Encontrados pelos descobridores ao aportarem à América, viviam organizados em tribos, em estágio de civilização primitiva, não obstante alguns povos apresentassem maior desenvolvimento cultural do que outros, como por exemplo, os maias, os incas e os astecas. (BASTOS, 2001, p. 511)

Utilizando-se de um pouco de ousadia, há de se criticar a definição apresentada pelo doutrinador jurídico. Primeiramente porque apenas se fundamenta na origem ou descendência, esquecendo que a definição legal do índio que comporta mais dois requisitos e, sobretudo, porque, quando se fala em cultura diversa não há como mensurar o grau de desenvolvimento desta. Os maias, os incas e os astecas também se apresentaram como civilizações pré-colombianas, cada qual com suas peculiaridades, contudo, o índio brasileiro não pode ser tido como culturalmente subdesenvolvido.

Alguns autores, como Luiz Felipe Bruno LOBO, tecem críticas no sentido de que o legislador cuidou de definir o indivíduo e não sua coletividade.

1 Na Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 a relativa incapacidade do silvícola vinha expressa no artigo 6º, inciso III e parágrafo único, já o atual Código Civil (Lei nº 10.406/02) dispõe de maneira diferente, quando em seu artigo 4º, parágrafo único, disciplina: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

2 Havendo conflitos nesse sentido, os interessados poderão, em acordo com o artigo 4º, inciso I, do CPC, propor ação declaratória para ter reconhecida sua condição de indígena pelo Poder Judiciário.

É necessário estabelecer ideia clara do meio para que se possa precisar e compreender seus elementos: é incabível a ideia de que um indivíduo possa ser índio senão em sua sociedade tribal, porque esta condição está vinculada à natureza gregária do grupo. (LOBO, 1996, p. 13)

Manuela Carneiro da Cunha aponta “*um problema na definição do grupo indígena, na medida em que é caracterizado como subgrupo de si mesmo, isto porque... índio e indígena são adjetivos sinônimos*”. No entender da antropóloga, a condição de autoidentificação a um grupo étnico é correta e engloba outras, porque não se pode pensar em se identificar e ser identificado como pertencente a uma comunidade indígena senão pelos aspectos inerentes ao processo de socialização e origem, cultura e genealogia. Assim, é necessário definir comunidade indígena antes de definir o índio, posto que este o é por específicas condições sociais. (CUNHA, 1986, p. 36/37 e 81)

Márcio Santilli assevera que são muitas as definições de índio.

Em geral, melhores são aquelas que o explicam por suas coletividades – povos, nações, sociedades, tribos, comunidades, seja qual for a designação. Elas guardam vínculo históricos com sociedades pré-colombianas, identificam-se e soa reconhecidas como tal. Índios são os seus integrantes, e também se reconhecem e são por elas reconhecidos como tal. (SANTILLI, 2000, p. 13)

Importante é a definição de comunidade indígena porque traz sentido político aos interesses inerentes a ela, possibilitando uma ação legítima de caráter coletivo, reconhecida pelo sistema jurídico.

A Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), incorporada ao nosso sistema jurídico interno através do Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966, já estabelecia em sua alínea b do artigo 1º que os membros das populações tribais, ou seja, a coletividade que é o sujeito de direitos.

Artigo 1º. A presente convenção se aplica:

b) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, que sejam consideradas como indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, ou uma região geográfica a que pertença tal país, na época da conquista ou da colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levam uma vida mais conforme as instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que às instituições peculiares à nação a que pertencem.

Essa Convenção foi um marco histórico no processo de emancipação social do índio, mas por sustentar políticas integracionistas foi considerada obsoleta e inaplicável na atualidade, por isso revisada.

A OIT, que desde sua origem teve preocupação com o trabalho do indígena como parte da força de trabalho dos domínios coloniais, realizou a Convenção 169, a qual o Brasil ratificou em 2002. Possui um total de 44 artigos divididos em partes correspondentes a política geral, a terra, a contratação e condições de emprego, a formação profissional, artesanato e indústria rural, a seguridade social e a saúde do indígena, a educação e os meios de comunicação deste, entre outros temas.

No artigo 1º a Convenção nº 169 da OIT traz:

ARTIGO 1º

1. A presente Convenção aplica-se a;

a) povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais;

b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas.

2. A auto identificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo povos na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de acarretar qualquer implicação no que se refere a direitos que possam ser conferidos ao termo no âmbito do Direito Internacional. (<http://portal.iphan.gov.br/baixaFcdAnexo.do?id=3764>, acesso em 20/10/2013)

O item 2 deixa bem claro o critério de autoidentificação como preponderante na definição e legitimação da condição indígena e o item 3 esclarece que a designação povo indígena não implica em ofensa à soberania dos países onde essas coletividades se encontram.

O inciso II, do artigo 3º da Lei nº 6.001/73, denominada de Estatuto do Índio define comunidade indígena, *in verbis*:

II – COMUNIDADE INDÍGENA OU GRUPO TRIBAL – É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado completo de isolamento com relação a outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.”

Os integrados são os emancipados (de acordo com a Lei nº 6.001/73, no inciso II, do artigo 4º, combinado com o artigo 9º, incisos e parágrafo único do mesmo Estatuto), supondo-se assimilados ou dispersos na sociedade nacional.

Com fulcro em tal definição legal pode-se indagar se indivíduos emancipados, ainda assim considerados índios, posto que satisfeitos os requisitos do inciso I, do

artigo 3º do Estatuto indigenista, podem formar uma comunidade indígena? Essa comunidade de índios seria juridicamente reconhecida como indígena?

A interpretação e a aplicação da lei há de ser necessariamente *pró-índio*, posto que a legislação indigenista é protetiva, reconhecendo a implícita hipossuficiência do indígena. Então, se conclui que a resposta é afirmativa.

Esse também é o entendimento de Luiz Felipe Bruno Lobo, que, vai além, fazendo algumas sugestões:

Ao concluir, por tudo que já foi exposto, que o índio é um hipossuficiente, duas outras hipóteses legais devem ser sugeridas. A primeira, implícita no reconhecimento da necessidade assistencial, implica em adotar o princípio da aplicação da norma mais benéfica, (...), desde que tal não atente à Carta Magna. A segunda, como decorrência lógica dos princípios reitores do direito indigenista, é a positivação da máxima in *dúbio pro índio*.

Não seria, ainda de todo despidendo considerar a hipótese de, invertendo o ônus da prova, fazer caber ao não-índio o ônus da prova do fato constitutivo de seu legítimo direito à posse, quando com índios tal fosse disputado (LOBO, 1996, p. 98)

Todavia, com a promulgação da Constituição de 1988, para que o cidadão seja considerado índio é preciso preencher os requisitos consubstanciados no inciso II do artigo 3º do Estatuto do índio, o qual vem insculpido no artigo 231 da Carta Política, onde “*são reconhecidos aos índios sua organização social*”, pois a única condição a ser satisfeita para que uma comunidade seja considerada indígena é ser formada por índios.

Todavia, segundo Luiz Felipe Bruno LOBO, “*implicitamente derogada, portanto, a última parte do inciso II do art. 3º do Estatuto Indigenista*” (LOBO, 1996, p. 16)

Há inclusive quem entenda que o Estatuto do Índio não foi recepcionado integralmente pela Constituição vigente, a qual prega o direito a multiétnicidade e multiculturalidade, afastando a ideia de incapacidade, já que reconhece ao indígena legítimo ingresso em juízo para defesa dos seus interesses, sem intermediação.

A Constituição não recepcionou dispositivos relacionados à exploração mineral em áreas indígenas, a tutela da incapacidade como dito acima e substituiu a ideia de integração prevista no Estatuto para a de interação fundamentada na alteridade. Nesse sentido, Roberto Lemos dos Santos Filho:

Em face dos ensinamentos citados, conclui-se que dispositivos do Estatuto do índio, Lei 6001/73, forjados sob ótica assimilacionista, vale registrar, que visava a total incorporação dos índios ou de sua comunidade à sociedade nacional, com a perda de sua identidade étnica ou cultural, não foram recepcionados pelo novo sistema constitucional implantado a partir de 1988 (...). a divergência que possa existir entre comandos constitucionais e

infraconstitucionais ligados aos índios e suas comunidades deve ser solucionada com a utilização de interpretação “conforme a constituição , compatibilizando a integração do preceito constitucional ao texto constitucional vigente. (SANTOS FILHO, 2006, p. 48/49)

Luiz Felipe Lobo, com base em estudos e propostas dos antropólogos Manuela Carneiro da Cunha e de Roberto Cardoso de Oliveira sugere os seguintes conceitos:

Comunidades indígenas: são aquelas comunidades que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua continuidade histórica com a sociedade pré-colombiana.

Índio: é índio quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro. (LOBO, 1996, p.21)

Quanto à legitimidade processual das comunidades e organizações indígenas Maia acrescenta:

Esta não está condicionada à iniciativa ou provocação por parte da chefia tribal, ou da representação da comunidade, de modo exclusivo. Com efeito, a constituição ampliou a relação de legitimados a realizar a defesa judicial dos direitos dos índios. Com efeito, o art. 232, da Norma fundamental, expressamente previu que “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses”, estabelecendo, entretanto, o dever de intervenção do “ministério Público em todos os atos do processo”.

(...) Por outro lado, as comunidades indígenas, “sociedades comunitárias” são “sociedades de fato”, destituídas de personalidade jurídica própria, entretanto, a Constituição lhes assegurou direito de demandar em juízo, por si próprias, sem serem necessariamente representadas pela Funai, pela União, ou mesmo pelo Ministério Público Federal (MAIA, 1993, p. 270/272).

Se a comunidade indígena é uma sociedade de fato e sem personalidade jurídica própria, mas não uma ficção jurídica; discute-se se a natureza jurídica dela é de direito público ou privado.

Luciano Mariz Maia esclarece e pontua:

(...) o regime jurídico especial a que estão submetidos os índios, suas comunidades e bens, e a imposição de obrigações extraordinárias à união em favor daqueles, revela o caráter público de que se revestem. As comunidades indígenas não se originam artificialmente da vontade humana, mas atendendo evolução histórica, de sua unidade política e descendência de povo pré-colombiano. Sua criação e seus fins são públicos (...) sofre imputação de regime de direito público: o regime especial de que gozam suas pessoas, seus bens, sua cultura, seus costumes e tradições (inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade, nulidade dos atos que tenham por objeto a posse, a ocupação ou domínio, e.g.). Gozam de prerrogativas próprias de entes políticos (o reconhecimento e o respeito ao poder social tribal, impondo sanções ao grupo; manutenção de um direito consuetudinário indígena; respeito às suas instituições) e dos demais entes administrativos públicos (isenção de tributos federais para seus bens e rendas, inalienabilidade e indisponibilidade dos bens.). (MAIA, 1993, p. 276/277)

Já a organização indígena é mais uma parte legitimada constitucionalmente para instrumentalizar os direitos indigenistas. São pessoas jurídicas de direito privado e gozam das garantias inseridas nos incisos XVII a XXI do art. 5º da Constituição Federal como a liberdade de associação e a legitimidade judicial e extrajudicial, a não intervenção estatal na sua criação e a exigência de decisão judicial para dissolução ou suspensão de atividades de forma compulsória.

Essa forma de representação dos interesses das comunidades indígenas deve ser estimulada e ressalvada a possibilidade da legitimidade ser apenas ativa. Nesse diapasão Roberto Lemos dos Santos Filho transcorre:

(...) também é muito importante a criação de organizações indígenas, na forma da lei civil, que, de acordo com o dispositivo no art. 232 da Constituição de 1988, possuem legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. Por intermédio desse meio de representação, os indígenas e suas comunidades podem incrementar suas relações com o mundo institucional, demandando com entes públicos e privados na defesa de seus interesses. (SANTOS FILHO, 2006, p. 87/88)

Mais adiante o autor assevera:

Vale frisar que, ao julgar o Agravo de Instrumento 96.01.01182-0/DE, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região assentou que a norma do art. 232 da Constituição deve ser interpretada considerando que o Capítulo VIII do Título VIII da lei Fundamental é todo voltado para a proteção dos índios, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, não podendo os índios, suas comunidades ou organização ser acionados em juízo, porquanto não detém legitimação passiva para tal. Segundo conclusão do voto condutor, “ingressar em juízo significa propor a ação, na qualidade de autor, e não defender-se na condição de réu”. (SANTOS FILHO, 2006, p. 88/89)

Portanto, “traduz associações ou entidades constituídas por índios, sendo pessoas jurídicas de direito privado, com a finalidade de promoção e defesa de sus interesses, legitimadas para atuação judicial ou extrajudicial” (MAIA, 1993, p. 282)

Para obtenção de efetiva defesa da dignidade dos indígenas, tanto o Ministério Público, como as organizações indígenas e não-governamentais, pelo manejo de ações civis públicas, e qualquer cidadão, com a utilização da via da ação popular, sem afrontar o princípio da harmonia e separação dos poderes, consagrado no art. 2º da lei fundamental, detém o poder de modificar a forma de atuação do governo formulando pretensões cominatórias de obrigação de inserção nos planos de políticas públicas e nos orçamentos, de programas e verbas necessárias ao atendimento do preconizado pela Agenda 21 e pela Convenção 169/OIT. (SANTOS FILHO, 2006, p. 90)

A legitimidade não pode ser óbice à efetiva aplicação da regra constitucional e deverá ainda ser respeitado o devido processo legal.

2.2 OUTRAS QUESTÕES TERMINOLÓGICAS

Em um exame superficial do texto constitucional pode-se perceber que o legislador constituinte utilizou os termos “*comunidades indígenas*” (artigo 210, § 2º e 232) “*grupos indígenas*” (artigo 231, §5º), “*índios*” (artigo 20, inciso XI, 231, *caput* e §§1º e 2º e 232), “*populações indígenas*” (artigo 129, inciso V e 22, inciso XIV), “*organizações indígenas*” (232) e “*terras indígenas*” (artigo 231, §3º e 67 do ADCT). Deliberadamente evitou utilizar as expressões *povos* e *nações indígenas*.

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição Federal recusou o emprego da expressão *nações indígenas*, baseada na falsa premissa de que o conceito de nação singulariza o elemento humano do Estado ou com ele se confunde. Ideia superada porque existe Estado sem nação (Vaticano), nação sem Estado (judeus até a fundação do Estado de Israel e palestinos atualmente), além de Estados multiétnicos. Não aplica o termo nação indígena, no sentido corrente, de povo de um país ou Estado, ou de ‘*comunidade de cidadãos de um estado sob o mesmo regime*’, porque nesse sentido se refere a todo o povo brasileiro, índios incluídos. (SILVA, 1998, p.828)

O Procurador da República no Estado da Paraíba Luciano Mariz Maia entende que o fundamento da não inclusão da expressão povo indígena pelo legislador constituinte, deve-se porque o termo povo implica em soberania:

O Estado brasileiro – a República Federativa do Brasil –, ao organizar-se através de Constituição elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte, entendeu de reconhecer e fazer respeitar aos índios uma série de direitos que lhes são fundamentais, entre os quais ‘sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam’. Apesar disso, o constituinte de 1988 dirigiu-se aos índios utilizando-se de várias expressões, como ‘índios’, ‘grupos indígenas’, ‘populações indígenas’, ‘organizações indígenas’ e ‘terras indígenas’. Mas em nenhum caso fez menção a povos indígenas. A razão pode ser encontrada na própria Constituição, desde que a expressão povos, no plural, é mencionada quando se pretende definir a participação do estado na “comunidade internacional”, na “sociedade das nações”, explicitando os princípios que regem o Estado brasileiro nas suas relações internacionais, firmadas com outros Estados também portadores de soberania. (MAIA, 1993, p. 255)

E mais adiante assevera:

A vontade política do constituinte foi de não reconhecer direitos políticos aos “povos indígenas” nos moldes garantidos pelo direito internacional aos demais “povos”, como o direito de autodeterminação de modo soberano. Em que medida isso é expressão viva de uma forma de colonialismo interno é assunto a ser tratado em outro momento. (MAIA, 1993, p.257)

Para Jacques d’Adesky, o conceito de etnia, embora insuficiente para dar conta das nuances sobre grupos é de grande importância por ser uma fonte de solidariedade

e, ao mesmo tempo, por representar um espaço de afirmação e de identidade no seio da nação. Mas, convém lembrar que:

A noção de etnia desatrela-se formalmente do sentido moderno de nação porque (...) a etnia não se beneficia do privilégio de soberania que é concedido à nação e simultaneamente atrelado à noção de povo, e não usufrui da personalização jurídica outorgada à nação por meio do quadro institucional do Estado. (ADESKY, 2001, p.57)

Como as nações modernas são cada vez mais pluriétnicas, onde a origem comum cede espaço ao desejo de convívio harmônico, surgindo, assim, uma visão comunitária de que a raça, a língua, a religião, a geografia, a economia que concorrem para a coesão de uma nação, não são capazes de criá-la. Por isso, a cidadania não está diretamente ligada à etnicidade. Não se é cidadão de uma etnia, mas cidadão de uma nação.

Preferível é utilizar o termo etnia para identificar um segmento social de origem comum e cultura própria, desvinculando-o do conceito de raça, posto que cientificamente fora abolido o mito das raças, já que todos os seres humanos descendem de um ancestral em comum, somente há de se falar em raça humana.

No presente estudo, não será feita distinção entre os vários termos que designam a coletividade indígena, tais como índios, silvícolas, indígenas e ameríndios, bem como grupos, comunidades, populações ou povos indígenas.

3. O INDÍGENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Será abordada a evolução legislativa acerca da questão indianista, serão trazidos à baila os dispositivos legais desde o período colonial, passando pelo Império e, por fim, a República, sempre com vistas às Constituições³. Tratar-se-á ainda da legislação atual em consonância com a Carta Política de 1988.

3.1 O INDÍGENA NO BRASIL-COLÔNIA

As primeiras leis e recomendações de como se relacionar com os índios estavam contidas nos Regimentos que o Rei de Portugal dava aos capitães de navios que fossem comerciar nas terras do Brasil. Embora sugerindo que se desse bom trato aos

³ A elaboração do presente item ou Capítulo, especialmente no que pertine ao estudo histórico da legislação indigenista, se deve ao embasamento ofertado pela obra de Mércio Pereira GOMES, *Os índios e o Brasil*, 1988, p. 69 e seguintes e no livro de Celso Ribeiro BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 2001, p.512 e seguintes, leituras indispensáveis ao leitor que se interessa pelo tema indígena.

índios, se previa a possibilidade de escravizá-los e enviá-los a Lisboa, sob o título de “apreensão voluntária”.

Como política de povoamento e para aplacar a fome e a miséria que aqui se instalara com os colonizadores, Portugal passou a conceder sesmarias, verdadeiro regime de apropriação de terras que se sustentava sob o argumento da necessidade da ocupação produtiva do território colonizado.

Em 1514 as sesmarias foram reestruturadas pelas Ordenações Manuelinas, que tinham aplicabilidade aqui na Colônia, ganhando definição legal final nas Ordenações Filipinas em 1603.

A partir do Regimento de Tomé de Souza, de 1549 e da Lei de 1570, todas as normas que se propuseram a questão indígena sempre deixaram brechas para que pudesse haver guerras contra os índios, aprisionamento, esbulho de terras, realocamentos, enfim, o que fosse necessário para não comprometer a segurança do empreendimento colonial ⁴.

Até a Independência do Brasil, as principais Leis que tratavam das questões indígenas foram:

O Regimento de Tomé de Souza, de 15 de dezembro de 1548 que recomendava a paz com os índios para que os “cristãos” pudessem povoar o território e o ajuntamento de aldeias próximas aos povoados cristãos para melhor se doutrinarem.

A Lei de 20 de março de 1570, sobre a liberdade dos índios que, reagindo às práticas de escravidão indiscriminada, proibiu o cativeiro dos índios, salvo os tomados em “guerras justas” feitas só com a licença do Rei ou do Governador. Afirmava os critérios de guerra justa e mencionava os Aimorés, em particular, como Alvo de guerras planejadas.

⁴ É importante que conheçamos alguns termos essenciais usados na época colonial a respeito dos índios:

nação (gentílica): nação ou povo não cristão; *aldeia*: agrupamento de índios alocados por oficiais da Coroa ou missionários; *descimentos*: busca, localização e transladação de índios para locais determinados, especialmente próximos à costa; *entradas*: expedições para efetuar descimentos. Podiam ser particulares ou oficiais, com ou sem a presença de missionários; *bandeiras*: expedição particular para dar caça e aprisionar índios. Muitas foram contratadas pelos oficiais da Coroa; outras eram ilegais. Sobretudo associadas aos paulistas; *resgate*: ato de obter prisioneiro índio de outro grupo indígena por troca, supostamente para salvá-lo de morte certa. Posteriormente, o pretexto invocado foi a salvação dos índios das penas do inferno; *aldeias de repartição*: aldeias para onde eram trazidos índios descidos para depois serem distribuídos; *aldeias de administração*: aldeias de índios descidos sob a jurisdição das Câmaras ou governadores ou capitães-gerais; *cativeiro*: escravidão; *guerra justa*: declaração de guerra a partir de decisão feita em junta que determinava pela justiça da guerra que se pretendesse efetuar contra determinado povo indígena. Os principais critérios para isso eram: 1. Que os índios punham empecilho à propagação da fé católica; 2. Que atacavam povoados e fazendas portuguesas; 3. Que eram antropófagos; 4. Que eram aliados de inimigos de portugueses; *junta ou junta das missões*: conselho local formado pelos representantes das missões, o Bispo e oficiais do Rei, que decide sobre a legitimidade das questões indígenas, sobretudo as guerras e a distribuição de índios descidos.

A Lei de 11 de novembro de 1595 que dispunha “sobre não se poderem cativar os gentios das partes do Brasil, e viverem em sua liberdade, salvo no caso declarado na dita lei”. Revogou a Lei de 1570 e proibiu a guerra e cativo, salvo por expressa licença do Rei. “... Quero que aqueles contra quem eu não mandar fazer guerra vivam em qualquer das ditas partes em que estiverem em sua liberdade natural, como homens livres que são...”.

O Alvará Regimento de 26 de julho de 1596 que regulamentava o papel dos jesuítas nos descimentos dos índios e na supervisão do seu trabalho nas fazendas, pelo período máximo de dois meses, seguidos de igual período de folga. Criou os cargos de procurador e juiz ordinário dos índios. Determinava que caberia ao governador alocar as áreas dos índios, que serão aquelas aproveitadas pelos capitães.

A Provisão de 5 de junho de 1605, sobre a liberdade total dos índios. Apesar de reconhecer que o cativo é aceitável em alguns casos, declarava livres todos os índios, cristãos ou pagãos. Proibia os abusos, os descimentos irregulares e obrigava o pagamento por serviço prestado.

A Lei de 30 de julho de 1609, sobre a liberdade dos gentios da terra. Confirmava a Provisão de 1605 e os termos do Alvará de 1596. Proibia os capitães-gerais de exercerem qualquer poder a mais sobre os índios do que já exerciam sobre outros homens livres. Reiterava a libertação dos índios cativos.

A Lei de 10 de setembro de 1611. Declarava a liberdade dos gentios do Brasil, excetuando os tomados em guerra justa e revogava as leis anteriores. Renovou as guerras justas conveniadas pelo governador em junta com o Bispo, os desembargadores e chanceler, e os prelados das ordens religiosas, sob aprovação do Rei ou em caso de urgência, com o seu referendo posterior. Aceitava a escravidão dos cativos e de índios comprados ou resgatados que estiverem condenados à morte. Criou o ofício de capitão, substituindo o juiz ordinário, para administrar as aldeias, as quais deviam ter um padre residente. Estabeleceu o número de 300 casais por aldeia de índios descidos do sertão.

A Leis de 15-3-1624, 8-6-1625, 10-11-1647, e 5-9-1649 regulamentavam a administração das aldeias, o tempo e taxa de serviço dos índios.

A Carta Régia de 21 de outubro de 1652 autorizava o padre Antônio Vieira a regulamentar o descimento de índios no Pará e Maranhão.

A Provisão de 17 de outubro de 1653 restabeleceu os termos de guerras justas, permitiu entradas e proibiu a presença de capitães nas aldeias. Criou as juntas das missões.

A Provisão de 12 de setembro de 1663 retirou os poderes dos jesuítas e permitiu entradas e repartições de índios.

A Provisão de 9 de abril de 1665 restabeleceu os poderes dos jesuítas para fazerem entradas e regulamentarem o serviço dos índios. Continuou a escravidão.

O Alvará de 1º de abril de 1680 declarava a liberdade dos índios, conforme a Lei de 1609, mantendo, porém, os existentes. Continuou a admitir as guerras justas e o aprisionamento de índios, porém, com a ressalva de que os prisioneiros fossem tratados “como as pessoas que se tomam nas guerras de Europa”. Dava plenos poderes aos jesuítas para estabelecerem missões exclusivas onde houvesse índios que não queiram “descer”. Nas aldeias cristãs os índios deveriam ser governados por seus chefes e pelo pároco local. A repartição de índios descidos ficou a cargo do Bispo junto com o prelado dos franciscanos e um representante da Câmara. A primeira manifestação legal de que se tem notícia, no que concerne à posse das terras indígenas é o texto deste Alvará de 1º de abril de 1680, que foi reiterado na Lei Pombalina, de 6 de junho de 1755, dispondo o seguinte: “Nas terras dadas de sesmaria a pessoas particulares se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda, ser reservado o prejuízo e o direito dos índios, primários e naturais delas”.

A Lei de 2 de setembro de 1684 concedeu a administração de índios descidos a particulares, especificamente no Estado do Maranhão e Grão-Pará. Regulamentou o trabalho dos índios (uma semana para si, outra para os senhores).

A Carta Régia de 21 de dezembro de 1686 ou Regimento das Missões dava poder espiritual

e temporal aos jesuítas e franciscanos pelas aldeias e missões criadas nos rios e sertões da Amazônia. Regulamentava a administração das aldeias, proibindo a presença de não-índios. Ordenava que as aldeias tivessem pelo menos 150 casais e, no caso de povos indígenas de diferentes culturas (nações) descidos para um mesmo local, que fossem alocados separadamente. Regulamentava ainda a repartição de índios entre moradores e missões.

A Carta Régia de 19 de fevereiro de 1696. Concedeu aos moradores de São Paulo a administração de índios livres, que ficavam obrigados a trabalhar mediante um salário. Regulamentava os casamentos mistos entre índios e escravos negros.

A Resolução de 11 de janeiro de 1701 foi endereçada ao governador de Pernambuco. Permitia a compra e venda de índios somente em praça pública e nos sertões poderia ser feita na presença de juízes.

A Provisão de 12 de outubro de 1727 proibia o uso da língua geral e mandava ensinar a língua portuguesa nas povoações.

O Alvará de 3 de maio de 1757 ou Diretório de Pombal consistia em um conjunto de 95 artigos que constituíram o último ordenamento português sobre os índios. Reiterava a retirada dos poderes temporal e espiritual dos jesuítas. Concedeu liberdade para todos os índios. Favoreceu a entrada de não-índios nas aldeias, incentivava casamentos mistos, criava vilas e lugares (povoados) de índios e brancos. Nomeou diretores leigos. Promoveu a produção agrícola e criou impostos. Mandou demarcar áreas para os índios. Proibiu o ensino das línguas indígenas e tornou obrigatório o português.

A Carta Régia de 12 de maio de 1798 aboliu o Diretório de Pombal. Instituiu a relação paternalista de amo e criado entre brancos e índios a serviço. Retomou o conceito de guerras defensivas. Promoveu o índio à condição de órfão e permitia o livre estabelecimento de brancos em terras dos índios.

As Diversas Cartas Régias de 1806, 1808 e 1809 promoveram guerras ofensivas aos índios Botocudos, Coroados, Guern, dando concessões a quem o fizesse particularmente, inclusive com direitos a escravização de prisioneiros por períodos entre 10 e 15 anos.

A Lei de 24 de fevereiro de 1857 declarava os índios que podiam ser cativos e os que não podiam. Baseava-se na Lei de 1570, proibindo incursões ao sertão sem a autorização do governador e de padres jesuítas. Regulamentava a repartição de índios “persuadidos” a virem à costa para trabalhar nos engenhos e fazendas.

Esta pequena compilação e resumo de leis indigenistas não exaure a legislação portuguesa sobre o assunto. O número de Alvarás e Cartas Régias dirigidas aos governadores e capitães-gerais é bastante maior e diversificado. Muitos diziam respeito a questões locais e específicas a certos grupos indígenas, sem maiores consequências sobre os demais.

Nesse período houve conquista de direitos pelos índios, pois não pode ser descurado o fato de ao tempo a Igreja influenciar muito o direito, e também de a colonização do Novo Mundo ter se concretizado à luz de normas do Vaticano que legitimavam a possessão das novas terras e a redução dos seus moradores à Fé católica, inclusive por meio da escravidão. Sob esse prisma foi iniciada a concepção do direito indigenista no Brasil, ocorrendo o período em enfoque o reconhecimento da natureza humana dos índios e o direito sobre suas terras. (SANTOS FILHO, 2006, p. 29)

As leis que foram apresentadas dão apenas uma ideia do que foram esses mais de 300 anos de relacionamento oficial entre a Coroa portuguesa e os índios do Brasil.

3.2 O INDÍGENA NO BRASIL IMPERIAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1824

Após a proclamação da independência do Brasil por Dom Pedro I, em 7 de setembro de 1822 e muitos conflitos entre a classe política durante a Assembleia Constituinte, foi outorgada a Constituição de 1824, a Carta Política com vigência mais longa, com revogação apenas em 15 de novembro de 1889, com a proclamação da República no Brasil e substituída pela Magna Carta de 1891..

Segundo Mércio Pereira Gomes:

A independência do Brasil começou, generosamente, com a proposta de José Bonifácio sobre a catequese e civilização dos índios enviada à Constituinte de 1823. Ao ser dissolvida por Dom Pedro I, caiu a proposta e a Constituição promulgada no ano seguinte, a qual não falava em índios. Até a saída do primeiro imperador, a questão indígena foi legislada por avisos e recomendações aos conselhos provinciais, permanecendo ainda a legislação anterior de guerras ofensivas e escravização. Porém as ideias de Bonifácio tinham raízes num segmento da elite política brasileira que desejava criar o sentimento de uma nova nação a qual os índios deveriam fazer parte através de meios pacíficos, especialmente pela catequese. (GOMES, 1988, p. 79)

Na Constituição de 1824, a do Império, o único artigo que tratava de índios era o artigo 254, que se limitou em determinar a criação de estabelecimentos de catequeses e civilização para indígenas.

Com a Regência iniciou-se a promulgação das primeiras leis indigenistas de caráter nacional, como a *Lei de 27 de outubro de 1831* que revogava as Cartas Régias de 1808 e reinstalou o estatuto de órfãos para os índios, onde os juízes de paz ficaram sendo seus tutores e todos os índios até então em servidão foram desonerados, a *Lei de 12 de agosto de 1834 (Ato Adicional)* que determinou que as Assembleias Legislativas provinciais e os seus governos cuidarão da civilização e catequese dos índios e o *Decreto nº 426 de 24 de julho de 1845* que criou as Diretorias Gerais dos índios em cada Província, que, por sua vez, ficaram encarregadas de criar as diretorias parciais para cada aldeia ou conjunto de aldeias. A nomeação do diretor geral ficou a cargo do Imperador. Dispôs sobre o regulamento, favoreceu a catequese, proibiu a servidão dos índios e os maus tratos. Obrigou os índios ao serviço público mediante salário e ao serviço militar, mas sem coação, e prisão correccional de até seis dias.

Esse Decreto constitui a lei básica do Império para a questão indígena e é conhecido como *Regimento das Missões*. Durante esse período, pequenos aditivos foram feitos em forma de avisos e ofícios, para os diretores gerais. Um exemplo é que em 1865 foi estendido aos índios o direito de Habeas Corpus.

Há de se frisar que com a promulgação da chamada *Lei de Terras, de 1850* oficializou-se o latifúndio, não permitindo o direito de posse aos índios.

Mércio Pereira Gomes descreve as consequências diretas às populações indígenas, oriundas da denominada Lei de Terras:

Por consequência dessa lei, após a criação do Ministério da Agricultura, em 1860, e a passagem da política indigenista para o seu âmbito de ação, dezenas de aldeias indígenas foram extintas formalmente e os seus habitantes condenados a viverem como posseiros sem terra, perdendo suas características culturais específicas. Essa lei expôs e provocou a usurpação de áreas de aldeamentos indígenas, muitos com populações estáveis ou em crescimento. A maioria se extinguiu e os seus habitantes passaram a viver como caboclos e lavradores sem terra. (GOMES, 1988, p. 80)

Roberto Lemos dos Santos Filho destaca o prejuízo da omissão constitucional e da Lei de Terras ao direito indigenista no período imperial.

As normas postas durante o Império representaram grande prejuízo aos índios. O silêncio da primeira Constituição brasileira a rigor da exigência de titulação de posse para reconhecimento da propriedade das terras, contida na Lei de Terras (1850), tiveram o efeito de legitimar e incrementar o processo de espoliação das terras dos índios, levando a efeito pelas companhias colonizadoras e pelos próprios colonos. (SANTOS FILHO, 2006, p. 33)

A Lei de Terras exigia para fins de registro do direito sobre estas a apresentação de doações de sesmarias ou a compra às províncias, o que acabou excluindo pequenos lavradores independentes e aldeias indígenas do usufruto ou propriedade sobre a terra que ocupavam.

3.3 O INDÍGENA NAS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS

Entre os temas que fomentavam discussões de diversas forças que propugnavam pelo fim do Império e pela criação de um governo republicano não estava a questão indígena, apesar de haver defensores dessa causa nas esferas políticas e intelectuais do país que reconheciam como principal problema, a segurança de suas terras.

A primeira Constituição republicana do Brasil de 1891 foi omissa no que concerne aos direitos indígenas inerentes a sua terra, pois no tocante às terras devolutas (as terras ocupadas pelos índios eram assim classificadas) não fez menção às terras indígenas, o que dificultou a definição e delimitação e seu controle.

Surpreendentemente, a Constituição de 1891 não mencionou a causa indígena ⁵. Apenas no seu artigo 64 transferiu para os Estados o domínio das terras

⁵ Nos trabalhos constituintes discutiu-se uma proposta peculiar apresentada pelo Apostolado Positivista. Ela previa que os índios deveriam ser considerados como nações livres e soberanas e que fossem organizados em Estados com o título de *Estados Americanos brasileiros* em oposição aos Estados da federação denominados *Estados Ocidentais brasileiros*. Tais Estados teriam autonomia interna e controle sobre seus territórios, mas teriam proteção do governo federal contra invasores. Qualquer intervenção somente com permissão das nações indígenas. A ideia foi vista com pouca simpatia.

devolutas, entre as quais poderiam ser incluídas as terras dos índios que não haviam sido reconhecidas desta forma. A ambiguidade dessa transferência fez com que os novos Estados e seus Municípios arguissem legitimidade para utilização de terras indígenas em seus domínios territoriais.

Com a chegada de imigrantes europeus no sul do país, sobretudo em Santa Catarina e Paraná, acenderam-se as disputas pelas terras entre esses futuros colonos e os índios que nela habitavam. Foram então contratados matadores profissionais, conhecidos como *bugreiros*, para limpar o terreno à imigração e especulação da terra. Com os trabalhos de abertura da Estrada de Ferro Noroeste do Brasil, que atravessava o território Kaingang, em São Paulo, desencadeou-se uma disputa armada entre índios e trabalhadores, a qual virou notícia nacional. O cientista teuto-brasileiro Hermann Von Ihering, diretor do Museu Paulista e simpatizante da imigração europeia propôs explicitamente o extermínio desses índios em artigo escrito na revista do Museu, em 1907. No ano seguinte, em Viena, no XVI Congresso de Americanistas, surgiram denúncias de que o Brasil praticava uma política de extermínio com os índios.

A celeuma levou o governo federal a criar o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), em 1910, convidando para dirigi-lo o Coronel Cândido Mariano da Silva Rondon, militar que se destacou pelos trabalhos de instalação de redes telegráficas pelo interior do país e manteve contato pacífico e amistoso com diversas tribos indígenas.

Não obstante criticado por estar firmado no ideal de integração dos povos indígenas por intermédio de processo de progressiva “civilização”, ao criar regime tutelar específico aos índios, o Decreto 8072/1910 teve o mérito de acabar com o silêncio da legislação até então vigente, acarretador do crescente esbulho de terras e da morte de muitos índios. (SANTOS FILHO, 2006, p. 39)

Com a Revolução de 1930, o Serviço de Proteção aos Índios saiu da alçada do Ministério da Agricultura e passou por um período irregular e obscuro, chegando a ser simples departamento de seção de fronteiras do Ministério da Guerra. Na década de 40 recuperou o prestígio e em 1953 criou o Museu do Índio.

A presença ativa do SPI na assistência aos índios e de dignificação de sua pessoa consolidaram o sentimento de responsabilidade histórica para com os índios e fez com que a Constituição de 1934 viesse a ser a primeira a promulgar normas sobre os índios. Em seu artigo 129 dispôs: “*Será respeitada a posse das terras dos silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las*”.

As Constituições seguintes, a outorgada de 1937 e a liberal-democrata de 1946, seguem esses mesmos pontos, numa clara demonstração da consolidação dos direitos indígenas perante as diferentes forças sociais e políticas da nação.

A Carta Política de 10 de novembro de 1937, outorgada por Getúlio Vargas preceituou: “Art. 154. *Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas*”.

Segundo Roberto Lemos dos Santos Filho:

Aos 02.06.1943, foi editado o Dec.-lei 5.540, que designou o dia 19 de abril como sendo “o dia do índio”. Com o fim da 2ª guerra mundial, a situação de Getúlio Vargas, que a princípio inclinava-se par o regime nazi-facista, ficou insustentável. Em 29.10.1945, Getúlio Vargas viu-se obrigado a deixar o poder, que foi entregue ao Ministro José Linhares, Presidente do Supremo Tribunal Federal. (SANTOS FILHO, 2006, p. 41)

A Constituição de 1946 trouxe dispositivo semelhante às anteriores: “Artigo 216. *Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem*”.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda comenta sobre as terras dos silvícolas na Constituição de 18 de setembro de 1946:

Diz a Constituição de 1946, art. 216: *in verbis*: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”. (...) O direito subjetivo dos silvícolas irradia a pretensão declaratória, a de reivindicação e a de posse. A posse, aí, é fato jurídico, há o *ius possiendi*. Não se chamou propriedade a tal situação, para se não alargar ou deformar o conceito de propriedade. A posse de que se trata, é privatística, mas dela resulta pretensão de direito constitucional. O silvícola não tem o poder de dispor; a transferência seria “inexistente”. Títulos que proviessem de silvícolas não gerariam propriedade; seriam nenhuns. (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. 449)

O Serviço de Proteção ao Índio afirmou o sentimento de pertinência do índio à nação brasileira, criou o conceito de parques indígenas, alinhando a defesa das culturas com o meio ambiente, demarcou cerca de um terço das áreas indígenas conhecidas e promoveu a definição do Parque Nacional do Xingu, criado em 1961 por Decreto presidencial, marco maior desse tempo de indigenismo.

O golpe de 1964, que instalou o regime militar, destituiu a diretoria do SPI e quando extinto, o órgão sofreu um incêndio em seus arquivos.

O texto Magno de 1967 inovou ao consagrar a figura do usufruto, porém, não impôs a inalienabilidade das terras pertencentes aos indígenas, como as Cartas anteriores contemplaram, como se pode observar pela leitura de seu artigo, *in verbis*: “Art.186. *É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e*

reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes”.

Sob a égide dessa Constituição foi editada a Lei nº 5371/1967 que substituiu o extinto SPI e criou a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), órgão do governo brasileiro que tem a tarefa de aplicar políticas voltadas ao índios, zelar pelo patrimônio indígena, fomentar estudos sobre a formação das populações indígenas, garantir sua proteção, demarcar, proteger e assegurar os direitos sobre as terras indígenas.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 1/69, a inalienabilidade foi consagrada e o dispositivo que trata da posse indígena, ficou com a seguinte redação:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nela existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes o direito de qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Mércio Pereira Gomes, em sua valiosa obra resume em dois parágrafos a evolução da política indigenista brasileira:

Não obstante o seu padrão colonialista e um ranço indisfarçado de conservadorismo no seu aspecto ontológico, a política indigenista sofreu mudanças reconhecíveis a partir da independência do Brasil. O índio, que era o oposto do ser ocidental-brasileiro, começou lentamente a ser aproximado a esse ideal de humanidade, como um órfão, um tutelado, enfim, como se fosse uma espécie de filho bastardo de um pai angustiado e culposo. Creio ser este o sentimento histórico mais enraizado na nacionalidade brasileira em relação ao índio que sobreviveu ao esbulho programado de suas terras.

No plano político o índio foi se transformando no objeto da ação mitigadora do Estado, que passava a agir em formas de reparação pelas perdas que haviam sofrido. Esta é a tônica que reconhecemos desde a Regência, passando pela segunda metade do Império e todo o período republicano, sempre com variações temporárias de maior ou menor esforço e responsabilidade na administração de políticas efetivas. (GOMES, 1988, p. 98)

Na vigência da Emenda Constitucional nº 1/69, em 19 de dezembro de 1973 editou-se a Lei nº 6001, denominada Estatuto do Índio, que disciplinou as relações jurídicas entre o Estado brasileiro e a sociedade civil em relação aos índios.

Foi esse o cenário contemplado pela Assembleia constituinte. Paradigma para a futura e atual Constituição Federal.

3.3.1 Tutela constitucional dos indígenas na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 avançou na questão indígena, pois trouxe vários dispositivos que podem efetivamente proteger interesses dos índios.

No Título III, denominado “Da organização do Estado”, Capítulo II intitulado “Da união” prevê: Artigo 20 - São bens da União, (...) XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios; Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre, (...) IV – populações indígenas;

No título IV, denominado “Da organização dos poderes”, no Capítulo I, intitulado “Do Poder Legislativo”, Seção II “Das atribuições do congresso nacional” estabelece: art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional, (...) XVI – autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

No mesmo Título IV, no Capítulo III intitulado “Do Poder Judiciário”, Seção IV “Dos Tribunais Regionais Federais e dos juízes federais”, dispõe: “art. 109 – Aos juízes federais compete processar e julgar, (...) XI – a disputa sobre direitos indígenas;

E o Capítulo IV intitulado “Das funções essenciais à Justiça”, Seção I “Do Ministério Público”, prevê: art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público, (...) V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

“Da Ordem Econômica e Financeira” é o Título VII da Constituição Federal e em seu Capítulo I, intitulado “Dos princípios gerais da atividade econômica” assim está previsto:

Art. 176 – As jazidas, em lavras ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à união, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.,

§ 1º - A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o capítulo deste artigo (...), na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

No título VIII, denominado “Da Ordem Social”, no Capítulo III intitulado “Da educação, da cultura e do desporto”, Seção I, “Da educação” está disposto:

Art. 210 – Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais,

§ 2º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.;

Na Seção II, denominada “Da cultura”, prevê o legislador constituinte:

Art. 215 – O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais,

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

No mesmo Título VIII, há o Capítulo VIII intitulado “Dos Índios”, especificamente dedicado à questão indígena, em especial sobre a terra e a cultura:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Percebe-se que o constituinte reservou um Capítulo específico em 1988 para tratar da terra ocupada pelo indígena, reconhecendo direitos inerentes a ela e constitucionalizando o respeito à tradição, aos costumes e à língua da população indígena, dando especial e devida atenção à questão indigenista.

Luiz Alberto David Araújo assevera que as disposições constitucionais pertinentes às populações indígenas revelam a intenção do constituinte em consagrar a igualdade substancial. Através da lição deste autor justifica-se a adoção de políticas afirmativas em prol desse segmento que integra a sociedade brasileira. Busca-se,

através da igualdade material, a imediata aplicabilidade do princípio da igualdade consagrado constitucionalmente no ordenamento jurídico pátrio.

Os índios receberam tratamento diferenciado pelo constituinte de 1988. Houve o reconhecimento implícito do descuido com este grupo de brasileiros. A extensão da proteção revela que o constituinte brasileiro resolveu, em nome da igualdade material, protegê-los de forma ampla. (ARAÚJO *et all*, 1998, p. 362)

Na Constituição Federal de 1988 a questão da terra foi transformada em ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela significa sobrevivência física e cultural. Somente serão amparados seus direitos, asseguradas a posse permanente e a riqueza natural de suas terras.

Segundo José Afonso da Silva a questão da terra indígena foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que procurou cercar de garantias esse direito fundamental do índio. (SILVA, 1998, p.829)

Em 1991 foi proposto pelo então Deputado Federal Aloizio Mercadante (PT/SP) o Projeto de Lei 2057 visando a instituição do Estatuto dos Povos Indígenas. Sobre o texto legal comenta esperançosamente Marcio Santilli:

Desde 1991 tramitam na Câmara dos Deputados projetos de lei visando à atualização ou substituição do Estatuto do Índio em vigor. Em 1994, uma comissão especial aprovou por unanimidade um projeto substitutivo, que teria poderes terminativos para seguir para o Senado. Mas um recurso ao Plenário da Câmara se interpôs, iniciando-se um período de 6 anos de obstrução. Recentemente, o governo federal tomou a iniciativa de apresentar ao Congresso uma proposta alternativa ao projeto de lei obstruído. Essa proposta deverá viabilizar a retomada da sua tramitação, mas ainda há várias etapas do processo legislativo a serem superadas. Se houver vontade política, um novo Estatuto poderá estar sendo promulgado até o final do ano 2000. (SANTILLI, 2000, p.34)

Insta frisar que referida proposta legislativa está há aproximadamente vinte e três anos em tramitação sem a aprovação do texto legal.

Há ainda a Proposta de Emenda à Constituição nº 215/2000 (PEC 215), de autoria do Deputado Federal Almir Sá (PPB/RR) que visa acrescentar o inciso XVIII ao art. 49; modificar o § 4º e acrescentar o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal, incluindo dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei.

Importante avanço foi a alteração promovida na Lei de Diretrizes de Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394/ 96) pela Lei nº 11645/2008, tornando obrigatório

o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena. Através da educação, do ensinamento dos grandes feitos e da contribuição do indígena e do afrodescendente para a formação deste país, poder-se-á evitar a discriminação e ao mesmo tempo alertar a sociedade acerca da importância da manutenção e valorização da identidade, cultura, história e memória de cada segmento social que compõe o povo brasileiro.

Outra conquista foi a edição da Lei nº 9.836, de 23 de setembro de 1999, instituindo o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, onde o Ministério da Saúde, por intermédio da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), tem o dever de estruturá-lo de forma articulada com o Sistema Único de Saúde (SUS), a fim de fornecer ações e serviços de saúde específicos para a comunidade indígena, evitando doenças e outros agravos, bem como proporcionando melhores condições de vida e existência digna.

Esse é o cenário atual da questão indígena.

4. CONCLUSÃO

Deve-se promover de forma correta e ampla a informação da população brasileira em geral, sobre as comunidades e culturas indígenas, como meio de combater o desconhecimento, a intolerância e o preconceito em relação a essas pessoas.

O reconhecimento da pluralidade de culturas no seio da sociedade e a instauração de medidas concretas para promover a participação social e econômica dos grupos culturais minoritários ou das comunidades étnicas depreciadas, como demandas do multiculturalismo democrático, visam exatamente que a diversidade étnica e cultural da população seja respeitada e garantida. No plano pessoal o multiculturalismo permite que o indivíduo se identifique segundo seus próprios critérios.

É chegada a hora para se desencadear, em todo o país, discussões sobre a reconceituação de comunidade indígena como parte integrante da nação brasileira, extirpando todos os estereótipos que povoam os materiais didáticos disseminados nas escolas brasileiras, inserindo nos livros de história nacional todos os grandes feitos e a importante colaboração da comunidade indígena, bem como as contribuições dos afrodescendentes na construção da sociedade brasileira, o que corresponde a recompor a verdade dos fatos e incorporar ao discurso histórico aqueles que foram preteridos. Silenciar ou minimizar dados históricos de uma

determinada comunidade constitui ato de flagrante discriminação. Somente valorizando as constantes contribuições desses grupos ao progresso nacional é que será possível uma mudança no imaginário coletivo, viabilizando a interação entre todos os segmentos sociais e o Estado na efetiva busca da igualdade material.

Enquanto a ilusão de uma democracia étnica ou “racial” vencer como visão dominante e os processos de integração dos brasileiros ignorar-lhes as especificidades, sob o acalento de grande parte da elite mundial, a causa indígena não será objeto de interesse nacional e esse conjunto de fatores, dentre outros ligados ao universo dos índios servirão de sustentáculo para injustiça e indignidade dessa importante parcela da população. Surge então, a ideia de se propagar que a multiplicidade de etnias e a miscigenação são as bases de uma democracia efetiva e a construção de uma sociedade justa e solidária é medida que se impõe.

Deve-se pressionar o Congresso Nacional para que coloque em discussão e aprovação do novo Estatuto do Índio, consoante a Constituição vigente, bem como manter ou encerrar a discussão sobre a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 215/2000) que pretende transferir a competência da homologação da demarcação das terras indígenas atualmente da União, ou seja, do Poder Executivo Federal para o Poder Legislativo, no caso, o Congresso Nacional, o qual aprovará as demarcações em trânsito e ratificará as já homologadas, exigindo a edição de legislação específica para o procedimento de demarcação. Para uns fere a separação dos poderes e se mostra inconstitucional, para outros é proposta democrática porque levada aos representantes do povo e, para os indígenas, mais uma manobra prejudicial aos seus interesses.

O mais importante em todas as discussões será a anuência das populações indígenas e sua constante oitiva acerca de suas prioridades, para verificar se os interesses destas estão sendo preservados da cobiça e da subjugação àqueles meramente econômicos e políticos nacionais e/ou estrangeiros.

REFERÊNCIAS

ADESKY, Jacques d'. *Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Palas, 2001.

_____. *A Singularidade de debate em torno da Política de ação afirmativa no Brasil*. Proposta, vol. 27, nº 76, p. 22 a 25, mar/maio de 1998.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2ª ed. Brasília: CORDE, 1996.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Antropologia do Brasil – mito, história, etnicidade*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Fapes/SMC/Cia das Letras, 1992.

_____. *Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais. Sociedades indígenas e o direito*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Constituição e Constituinte*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *et all. A questão da terra indígena*. Cadernos da Comissão Pró-Índio/SP nº 2. São Paulo: Global, 1981.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Mércio Pereira. *Os índios e o Brasil – Ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina*. São Paulo: LTr, 1996.

MAIA, Luciano Mariz. *Comunidades e organizações indígenas. Natureza jurídica, legitimidade processual e outros aspectos jurídicos*. Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: Núcleo de direitos indígenas e SAFE, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade humana – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PONTES DEMIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, vol. 12.

SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos indígenas e Safe, 1993.

SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000. (Série Ponto Futuro; 1)

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TASSARA, Eda (org). *O índio: ontem, hoje, amanhã – Dossiê do I Ciclo*. São Paulo: Memorial da América Latina: EDUSP, 1991.